

# 債権担保を目的とした「買戻し」と 「譲渡担保」の一元化について

(平成18年2月7日最高裁判決を契機として)

田 中 嗣 久

## 1. はじめに

不動産の所有権譲渡という法律形態を借りて債権担保の目的を達成する手段としては、民法上の“買戻し制度”があるが(民法579～585条)、民法には直接の規定はないものの判例・学説によって認められてきた、いわゆる“譲渡担保制度”もそれに該当する。

譲渡担保(Mortgage)は、考え方により多少の差異はあるが、一般的には、譲渡担保権者と譲渡担保権設定者との間に消費貸借が成立し、これに基づく債務を担保するために譲渡担保権設定者から譲渡担保権者に目的物の所有権が信託的に譲渡されて、譲渡担保権者の収益に委ねられる。そして、期間経過後に債務が弁済されれば所有権は当然にもしくは所有権移転契約により設定者に復帰するが、弁済がなければ所有権は譲渡担保権者に帰属するに至る。ただし、所有権が譲渡担保権者に帰属するといっても、譲渡担保権者は目的物件を適正に評価された価格で換価処分し、優先的に被担保債務の弁済に充てることができるにとどまるとされる。<sup>1)</sup>

これに対し民法上の制度としての買戻し(Buying Back)<sup>2)</sup>は、解除権を留保しつつ不動産を売却して代金を受領するものであり、売買による所有権の移転はその後一定期間内の解除権の行使によってはじめて遡って効力を失い、はじめから所有権が移転しなかったことになる(民法579～585条)。この場合、債権担保の目的を有しないこともあるが<sup>3)</sup>、その多くは債権担保を目的としたものと考えられる<sup>4)</sup>。

このように、譲渡担保と買戻しとは、多くの場合権利移転による担保という意味において共通性を有するが、譲渡担保では消費貸借上の債権関係が存在するのに対して、買戻しではそれが存在しないところに相違点があるとされる<sup>5)</sup>。

しかし、現実の取引界においては、この区別が必ずしも徹底されているわけではなく、両者をいかに区別するか、あるいは区別をしないで一元的に考えるべきかが問題となる。この点、従来通説は、債権担保の手段としては譲渡担保の方が合理的であるとして、当事者の用いた用語にとらわれることなくその真意を判定し、真意が不明であるときは譲渡担保と推定するべきであるとしてきたが、最近では買戻しを譲渡担保に吸収させて譲渡担保に一元化する考え方（譲渡担保一元化説）が多数説となっている。そして、最高裁も、平成18年2月7日判決において、「買戻特約付売買契約の形式が採られていても、目的不動産を何らかの債権の担保とする目的で締結された契約は、譲渡担保と解するのが相当である。」として、一元化説の立場を明らかにした。

確かに、債権担保の手段として、譲渡担保の方が買戻しよりも合理的であることに異論はなく、譲渡担保を広く認めていこうとする方向性には賛成である。しかし、民法上並びに民法制定以前からの慣習として存在してきた担保としての買戻し制度を、民法に規定されていない譲渡担保に吸収させて一元化し、買戻しの事実上担保としての存在意義を全く無に帰してしまうことに問題がないわけではない。

そこで、本稿では、不動産の所有権譲渡という法律形態を借りた債権担保について、譲渡担保と買戻しとの関係をどう考えることが債務者と債権者の利益にとって妥当なのかについて、学説・判例を検討し、考察を加え私見をまとめることにする（この問題も、不動産の所有とその利用との根本的な問題に関連する）。

## 2. 学説の動向

### （1）譲渡担保推定説

従来通説は、所有権譲渡という法律形態を借りた債権担保として買戻しと譲渡担保を認めただうえで、その両者を判断するに当たっては、当事者の用いた

用語にとらわれることなく、真意を判断することに努めなければならないとし、ただ信用授受という経済目的からは譲渡担保の方が一層合理的であるから<sup>6)</sup>、いずれの契約かが不明であるときは譲渡担保と推定するべきであるとしてきた<sup>7)</sup>。

## (2) 譲渡担保認定説

そして、(1)説の考え方をさらに進め、「推定」というような中途半端な形ではなく、財産譲渡の当事者間に担保の目的が認められる場合には、法的な債権関係を存続させない旨の明白な合意が存する場合を除き、「買戻し」とか「代金」とかの用語にとらわれず、譲渡担保と解すべきであるとの考え方が登場した<sup>8)</sup>。これは、「強力で譲渡担保を推定する」という考え方であり、原則として譲渡担保と認定することになる<sup>9)</sup>。

## (3) 占有峻別説

この点に関し、さらには、占有移転の有無によって買戻しと譲渡担保を区別する考え方も現れた<sup>10)</sup>。たとえば、近江教授は、目的物の占有を買主に移転する売買本来の形態が買戻しであり、それに賃貸借を付けて売主が占有を続けるものが譲渡担保であるとされる<sup>11)</sup>。

## (4) 譲渡担保一元化説

以上の、(1)～(3)説は、譲渡担保のほかに債権担保としての買戻しの存在を独立に認めようと、できるだけ譲渡担保と認定しようとの考えには立つものであった。ところが、債権担保のための買戻しを譲渡担保に吸収すべきであるとしたり、あるいは準じて取り扱おうとする譲渡担保一元化説がその後登場し、現在では通説になりつつある<sup>12)</sup>。たとえば、高木教授は、譲渡担保型に構成するか買戻型に構成するかは当事者間の契約に即してすればよいということになるが、いまだ買戻しに清算・受戻法理が確立されていない現状では、担保目的のものは、占有のどちらに存するかを問わず、譲渡担保に吸収してしまうのが妥当とされる<sup>13)</sup>。また、担保のためという目的が同じであるにもかかわらず当事者の力関係によって、借用した法形式が違っているにすぎないの

に、法的効果まで異ならしめるような解釈をとることは極力避けるべきだともされる<sup>14)</sup>。

### 3. 裁判例

#### （1）昭和初期の判例

昭和初期の大判昭8・4・26（民集12巻767頁）は、形式は所有権移転契約であるが実質が担保契約である場合について、「其ノ一ハ新生若クハ債務ハ依然之ヲ存続セシメツツ一面当該財産ヲ譲渡ス場合ニシテ、此譲渡タルヤ固ヨリ交換ニモ非ズ、贈与ニモ非ズ、又売買ニモ非ズ、担保ノ目的ヲ以テスル譲渡ナリ」「他ノ一ハ取引ソノモノハ売買ヲ為スニアリ。而モ真実ノ売買ナリ。・・・此種取引ニアリテハ爾後何等ノ債務モ残留スルコト無シ」として2種類のものがあることを明らかにし、前者を譲渡担保、後者を売渡担保（買戻し・再売買の予約）と称するのが相当であるとした。そして、大判昭8・12・19（民集12巻2680頁、同昭9・8・3（民集13巻1536頁）は、この区別をするにあたっては、当事者の用語や法律構成にとらわれることなく、当事者の意図した経済的効果その他一切の事情を斟酌して判断すべきであるとした。ただし、現実には、譲渡担保と認定されるべき事案にもかかわらず、「売買」とか「賃料」とかいう当事者の用語や法律構成に影響され、売渡担保（買戻し・再売買の予約）と認定された事案が多かった<sup>15)</sup>。

#### （2）昭和30年代以降の判例

その後、昭和30年代頃までは、判例上、売渡担保と譲渡担保を区別しない状態が続くが、昭和40年代になると、契約締結の動機、売買代金と目的物件お価格との均衡の有無、買戻期間の長短、契約後の目的物件の占有・使用状況等を総合的に考えていずれの契約であるかを判断するようになる。そして、「買戻特約付売買契約の形式が採られていても、目的不動産を何らかの債権の担保とする目的で締結された契約は、譲渡担保と解するのが相当である」とした前述の平成18年最高裁判決へと至るのである。

東京地判昭45・5・25（判時617号68頁）は、売主が本件土地建物を担保

に3,000万円の融資を受けたいと申し入れたこと、代金額(2,410万円)と正常取引価格(土地建物合計5,255万円)との著しい不均衡のあること、買主へ所有権が移転するにもかかわらず第三者に賃貸中の土地部分の賃料は売主が収受できる約定の存在すること、本件契約締結に際して売主から買主に対して2,840万円の手形が差し入れられている事実ことなどから、本件契約は売買の形式を装っているが、いわゆる売渡担保にとどまるものではなく、譲渡担保契約と判断した。

東京地判昭49・7・22(判時763号56頁)は、代金債務の履行を担保するため土地に根抵当権設定の合意がなされたが、その後、当該土地を買戻条件付売渡担保の名目で担保に供することに担保の形式が変更された事案について、担保契約の性質は、その登記に表示されたような買戻特約付売買ではなく、譲渡担保契約であると認めた。

東京高判昭51・9・29(判時836号51頁)は、売主が本件土地および同地上建物を売り渡す契約を締結するにいたったのは、融資金の回収を確保させる方法のためであったこと、売買契約における土地代金額および建物代金額はいずれも当時の価格に比べいちじるしく低廉ないし不相当な価格であり、実質的には融資金額の定めであると推測できること、本件売買契約は便宜的な経過的手段にすぎず、買主に売り切りにするような趣旨ではなかったことなどの事実を認定したうへ、本件売買契約は、一たんは売り切りにする趣旨ではなく債務の担保をする趣旨のもとにしたものと認めるのが相当であり、しかもその趣旨は、買戻しに関する定めがあるものの、実体は、債権担保のため売買形式のもとに土地所有権を移転したいいわゆる処分精算型の譲渡担保の性質を有するとした。

東京高判昭52・9・13(判時870号70頁)は、2月10日に売買された不動産が同年8月11日までに売主が売買代金を支払うときは売主に再売買される取決めが同年2月25日になされていること、同年3月17日付をもって一旦買主に所有権が移転したとする本件不動産を売主において第三者に売却し買主には協力謝金を支払う旨の記載ある売主の買主宛の念書並びにならびに同日付の売主が同年8月11日以前に再売買代金を支払うときは約定金額を日割計算で減額する旨の記載ある買主の売主宛の念書が存在することなどから、本件不動

産の売買は真実の売買ではなく貸金担保の趣旨であったとしたうえで、買主は本件不動産所有権を貸金の担保として取得したのであるからその貸金の元金と右不動産の価格とを精算しその清算金を売主に支払わない限り確定的に右所有権を取得できないとした。

東京高判平元・7・25（判時1320号99頁）は、売主は、当初本件土地及び建物に抵当権を設定して融資を受けるつもりであったが、登記簿上の債権額合計2,000万円の抵当権が設定されているうえ、所有権移転仮登記もされていたので、買戻しができるのであれば抵当権を設定すると実質的には異ならないと判断して、買戻しの特約付売買の形式で融資を受けることにしたこと、買主は、融資であるから自分が支出した金額さえ確実に返ってくればよいと考え、本件契約に際して本件土地及び建物を現地で調査することもしなかったこと、本件土地及び建物の時価について、専門家に尋ねる等の客観的な調査は一切行わなかったことなどから、本件契約は買戻しの特約付売買契約の形式をとってはいるが、その性質は譲渡担保設定契約であり、しかも、契約締結の経緯及び契約内容から判断して帰属清算型の譲渡担保契約であるととした。

福岡高判平元・10・30（判時1346号90頁）は、本件契約は消費貸借上の債務を担保するためのものであること、占有が売り主から買主に移されていないこと、登記手続きは所有権移転登記ではなく売買予約を原因とする所有権移転請求権保全の仮登記を経由すべきことを約定したものであることなどから、その実質は買戻約款付不動産売買契約という契約書の文言にかかわらず、一種の帰属清算型の譲渡担保契約であると判断した。

東京高判平10・7・29（判タ1042号156頁）は、自己及び家族の生活拠点となる自宅及びその敷地を含む資産をわずか3か月後に買戻しをしなければこれを失うような売買契約をすることは何か特別の事情でもない限り考えにくいこと、買主としても金融業者としてその関心は金融による利益の獲得にあり本件土地建物に特別執着していたわけではなく、買戻期間経過後に売主に本件土地建物の明渡しを求めたり、新たに売主との間で賃貸借契約を締結したと認めるに足る証拠はないこと、本件債権に上乘せして支払うことが約束された400万円は本件債権の利息に当たると解され、当座わずかな金員の支払で買主が了承したことは取り立て不自然ではないことなどから、本件買戻特約付売買

契約は実質上いわゆる帰属性精算型の譲渡担保に当たると判断した。

### (3) 最高裁第三小法廷平成18年2月7日判決(判時1926号61頁)

本判決は、買戻特約付売買契約の形式が採られていても、目的不動産を何らかの債権の担保とする目的で締結された契約は、譲渡担保と解するのが相当であるとした上で、真正な買戻特約付売買契約であれば、売主から買主への目的不動産の占有の移転を伴うのが通常であるから、買戻特約付売買契約の形式が採られていても、目的不動産の占有の移転を伴わない契約は、特段の事情がない限り、債権担保の目的で締結されたものと推認され、その性質は譲渡担保契約であると解するのが相当であると判示した。そして、本契約は、目的不動産である甲建物の占有移転を伴わないことが明らかであり、しかも、債権担保の目的を覆すような特段の事情の存在がうかがわれないので、本件契約は、真正な買戻特約付売買契約ではなく、譲渡担保契約であると判断した。

## 4. 私見

### (1) 「貸し渋り」の危惧

以上のように、現在の判例・学説の立場は、たとえ買戻特約付売買契約の形式が採られていても、目的不動産を何らかの債権の担保とする目的で締結された契約は、譲渡担保に一元化して考える傾向にある。確かに、売買の形式による信用授受形態としての合理性という点からは、明らかに買戻しよりも譲渡担保に分があり、学説・判例の流れは無理からぬものがある。

ただ、私が危惧するのは、旧借地法・借家法が、社会的強者である地主・家主から社会的弱者である借地人・借家人を強引に保護した結果、「貸し渋り現象」が生じ、結果的に借地人・借家人の不利益となったのと同様の現象が生じないかということである。担保としての合理性だけを100%追求し貸主にあまり「うまみ」のない制度で呪縛することは、借主の一時的利益には貢献するが、長期的にみた場合に「貸し渋り」傾向が生じ、反って債務者の利益を害することにはならないか、簡便な信用授受の手段としての買戻しの意義も捨てがたいものがあるのではないかという点である。

## (2) 債権担保としての買戻しの意義

債権額(元本債権+利息債権+遅延損害金)が確定していて、しかも土地の時価が不変であるならば買戻しを認める意義は少なく、譲渡担保への一元化には意味がある。しかし、現実には、債務者が支払いを怠れば遅延損害金の額は増加していくのであり、また、地価は絶えず変動するから、担保価値は余裕をみておく必要がある。たとえば、土地の時価が1,000万円で将来とも不変であり、元本債権800万円に対する利息債権や遅延損害金の合計額が200万円と確定しているならば、当該土地を譲渡担保の方法によって800万円を借りることが可能である。しかし、現実には、土地の時価は絶えず変動するものであり、利息債権や遅延損害金の合計額も確定時期までは不明確であるから、1,000万円の土地は、清算方式による譲渡担保では800万円の貸金債権の担保としては十分なものとはいえない。清算型の譲渡担保では、土地が値上がりしても債権者に何ら利益はないのに対して、土地が値下がりすればその負担は債権者持ちとなるため、値下がりした場合の危険部分を見越した範囲でしか貸せないことになるからである。時価等の変動幅を考えた安全額がたとえば600万円とするならばそれが限度であり、当該土地を担保に800万円は借りれないこととなるが、それでは、1,000万円の土地所有者が、どうしても800万円を用立てたい場合に、自己所有の土地を担保目的で800万円で売する方法を閉ざすことになる。

この点、買戻しは事情が異なる。なぜなら、完全な所有権移転型である買戻しでは、貸主は土地の値下がりに対する危険を負担する代わりに、値上がりによる利益を取得することが可能だからである。土地が値下がりし、かつ利息債権や遅延損害金の合計額が予想以上に膨らんだ場合は債権者が危険を負担するが、その逆の場合は債権者が利益を取得するという、一種の「賭博」的要素のある担保方法の存在も、それが合理的な範囲のものであるならば、融資を受ける幅を広げるという意味においては許されてもよいのではないか。債権者にとって多少はうまみのある担保方法も債務者のためになる場合を否定し得ないのである。

問題は、それを利用した暴利行為の防止であり、それをコントロールする解

釈論あるいは立法論であろう。いくら貸主の「うまみ」によって融資が増えても、借主の被害が拡大しては意味がない。貸出し意欲の刺激と借主の保護という一見相矛盾する利益の調和策が求められるのである。

### (3) 結語

そこで、私見は以下のように考える。

まず、所有権譲渡という法律形態を借りて債権担保の目的を達成する手段としては、最近の一元化説ではなく、基本的には従来通説、つまり譲渡担保だけでなく買戻し(再売買の予約も同じ。)も認めたとうえで、債権担保としては譲渡担保の方が買戻しよりも合理的であるから、当事者の意思がどちらかが不明であるときは譲渡担保と推定するのが合理的と考える。その結果、当事者の意思が買戻しであったことが証明された場合には、買戻しと認定することになるが、債務者の利益を考えて、その立証責任は債権者に負担させる。

次に、買戻しの場合も清算方式を採用するが、その場合、債権成立当時の地価(当時の地価の立証責任は債権者に負担させる。)を基準として清算を行うものとする。その結果、債権成立後の地価上昇分は債権者の「うまみ」部分として考慮には入れない一方、値下がりに対する損害は債権者に負担させる。売買の形式をとる以上、売買後の地価の変動による損失は買主が負担するのが当然のことだからである。

買戻し制度に清算方式を採用する一方で債権者の「うまみ」部分を多少とも残すことにより、貸出し意欲の刺激と借主の保護というデリケートな目的達成に多少とも近づけることができるのではないかと考えるのである。

- 1) 最二判平成5・2・26(民集47・2・1653、判時1459・124)
- 2) 売主が一度買主に売却したものを再び買って自分のものにするすべての場合を買戻しということもできる(我妻栄・債権各論中巻一(民法講義V2)325頁)が、民法上の制度としての買戻しは、目的物が不動産に限定されていることや買戻しの特約を売買契約と同時にする必要があること(民法575条)、あるいは買戻しの期間は10年を超えることができない(民法580条)ことなどの要件が必要とされる。なお、「買戻し」と類似するものとして「再売買の予約」がある。買戻しは売買による所有権の移転がその後の解除権の行使によってはじめて遡って効力を失い、はじめから所有権が移転しなかったことになるのに対し再売買の予約は目的物の所有権

## 債権担保を目的とした「買戻し」と「譲渡担保」の一元化について（田中）

が売買によって一旦移動し、後日の再売買によって再び復歸するところに違いがある。再売買の予約については、民法は特別の規定を設けることなく、民法556条に「売買の一方の予約」の規定を置くのみである。買戻しと再売買の予約をあわせて売 渡担保と称されるが、本稿では、対象を不動産に限定して民法上多くの条文を設けて規定される買戻しに絞り、譲渡担保との関係を考察する。

- 3) 私法34号（昭47）44頁・三藤邦彦報告、川井健・担保物権法213頁、星野英一・民法概論IV 148頁、判例タイムズ266号41頁・玉田弘毅発言、近江孝治・民法講義III（第2版）275頁など。判例としては、新潟地判昭42・12・26、東京高判昭和54・8・8金融法務事情916号34頁など。
- 4) 我妻栄・債権各論中巻一（民法講義V2）326頁は、買戻しは、民法施行以前から行われ、主たる作用は担保であったとし、民法施行以前には、権利の移転による担保制度は買戻し以外にも存在したが、民法は、それらを廃止し、質権・抵当権という独立の担保制度を採用した。それにもかかわらず、買戻しだけを残したのは、農村地方などには、なおその存在意義があったためとする。
- 5) 我妻栄・新訂担保物権（民法講義III）593頁、柚木馨＝高木多喜男・担保物権法（第三版）547頁、鈴木祿弥・物権法講義（改訂版）280頁、星野英一・民法概論II 318頁など。
- 6) 民法（3）担保物権〔遠藤浩ほか〕298頁は、買主に目的物の完全な所有権が移転した果実收取権も有する買戻しは合理性を欠くとし、また、内田貴・民法II 155頁は、買戻しの場合、債務の弁済がないときに債権額より遙かに大きな価値の不動産を債権者が丸取りするという不都合が生じうるので、担保としては不合理的な運用がなされる可能性があるとする。
- 7) 我妻栄・新訂担保物権（民法講義III）592頁以下、注釈民法（14）300頁〔柚木馨＝高木多喜男〕、民法（3）担保物権〔遠藤浩ほか〕298頁、鈴木・前掲書280頁、内田貴・民法III（第2版）538頁
- 8) 注釈民法（9）322頁〔柚木馨＝福地俊雄〕
- 9) 加藤一郎＝林良平・担保法大系453頁
- 10) 前掲・三藤報告43頁、来栖三郎・契約法221～223頁、横梯次・担保物権法311頁
- 11) 近江・前掲書277頁。
- 12) 川井・前掲書214頁、横・前掲書310頁、道垣弘人・担保物権法（第2版）295頁、生熊長幸「買戻・再売買予約の機能と効用」担保法大系IV 480頁、伊藤英樹『『売渡担保』概念は必要か』ジュリスト増刊民法の争点（昭53）153頁は、目的物占有・利用権が一次的に買主に移ることで債権者はその支配性と収益性の二面からも不均衡な利益享受が許されるという不合理性を指摘する。
- 13) 高木多喜男・担保物権（第4版）332頁
- 14) 高木多喜男＝吉井直昭編「新版担保・保証の基礎」161頁
- 15) 加藤＝林・前掲書454頁。前掲大判昭8・4・26、大判昭8・12・19